CONCEPTO JURÍDICO

1. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO A CONTRATAR

OBJETO: SELECCIÓN ABREVIADA MODALIDAD DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA PARA ***CONTRATAR EL SUMINISTRO DE BEBIDAS LÁCTEAS CON DESTINO A LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA EXPENDIO, PARA VENTA Y CONSUMO DEL PERSONAL PRIVADO DE LA LIBERTAD DEL COMPLEJO CARCELARIO Y PENITENCIARIO CON ALTA Y MEDIA SEGURIDAD DE IBAGUÉ PICALEÑA – INCLUYE PABELLÓN DE RECLUSIÓN ESPECIAL, PABELLÓN DE JUSTICIA Y PAZ – COIBA IBAGUE.*** Por valor de: **CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($145.568.372) M/CTE.**

SOPORTE JURÍDICO DE LA MODALIDAD DE SELECCIÓN

Con el fin de que no exista fraccionamiento en la contratación desarrollada por el Complejo Penitenciario y Carcelario de Ibagué "COIBA" y por tratarse de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, el mecanismo de selección para la adquisición de este tipo de bienes es el de selección abreviada por subasta inversa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 numeral 2º literal a) de la Ley 1150 del 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015 y demás normas concordantes y aplicables a esta modalidad de contratación.

Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.2.5 del Decreto 1082 de 2015, el procedimiento a adelantar será el de subasta inversa electrónica, a efectos de realizar su procedimiento por medios electrónicos, es decir, utilizando los sistemas de información digitales que favorecen la telepresencia, de modo que se permita una interacción simultánea entre las personas que quieran estar presentes y las entidades estatales De este modo, las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones utilizadas por las entidades estatales deben permitir un intercambio de mensajes de datos en tiempo real, para que las personas puedan ver y escuchar lo que pasa en la audiencia, pero también escribir o hablar, garantizando de este modo la participación, la libre concurrencia, así como la veeduría ciudadana.

Lo anterior en adopción a lo preceptuado en el artículo 9 con el 3 de la Ley 1150 de 2007, así como con las disposiciones citadas anteriormente, contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019.

En razón a ello, el sistema utilizado para la subasta electrónica será fijado en los pliegos de condiciones, así como también el sistema que se utilizará para la subasta inversa y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensajes de datos.

En virtud de lo anterior, tenemos que la Resolución No. 02353 de 2018 en su artículo 5, delegó en los Directores del Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional INPEC, el:

> *"(...) 1. Realizar procesos de selección y contratación cuya cuantía sea igual o inferior a los MIL QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.500 SMMLV) dentro del presupuesto asignado de RECURSOS DE LA NACIÓN y aprobado de recursos propios, al código de identificación 639 (Regional Viejo Caldas), al COMPLEJO CARCELARIO Y PENITENCIARIO CON ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD DE IBAGUÉ PICALEÑA INCLUYE JUSTICIA Y PAZ (...)"*

Decantado lo anterior, se exige al oferente cumplir además con lo exigido en los pliegos de condiciones y demás documentos que hagan parte del proceso, con la siguiente normatividad:

1. Resolución No. 5109 de 2005 por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que deben cumplir los alimentos envasados y materias primas de alimentos para consumo humano.
2. La norma NTC 2740 Bebidas no alcohólicas, Bebidas Gaseosas o Carbonatadas.
3. Resolución No. 2674 de 2013, el cual tiene por objeto establecer los requisitos sanitarios que deben cumplir las personas naturales y/o jurídicas que ejercen actividades de fabricación, procesamiento, preparación, envase, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de alimentos y materias primas de alimentos y los requisitos para la notificación, permiso o registro sanitario de los alimentos, según el riesgo en salud pública, con el fin de proteger la vida y la salud de las personas.
4. Resolución 3075 de 1997 que regula todas las actividades que puedan generar factores de riesgo por el consumo de alimentos, actividades de vigilancia y control que ejerzan las autoridades sanitarias sobre la fabricación, procesamiento, preparación, envase, almacenamiento, transporte, distribución, importación, exportación y comercialización de alimentos, sobre los alimentos y materias primas para alimentos.
5. Resolución No. 333 de 2011 establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado nutricional que deben cumplir los alimentos envasados para consumo humano.
6. Resolución No. 719 de 2015.
7. Resolución 288 de 2008, requisitos de rotulado o etiquetado nutricional que deben cumplir los alimentos envasados para consumo humano.
8. Resolución 02310 de 1986, por la cual se reglamenta parcialmente el Título V de la Ley 09 de 1979, en lo referente a procesamiento, composición, requisitos, transporte y comercialización de los Derivados Lácteos.

Finalmente, el contrato resultante de este proceso de selección estará sometido a la ley colombiana y en especial se regirá por las disposiciones que regulan la contratación pública, además de las normas pertinentes de los Códigos Civil y de Comercio.

1. TIPO DE CONTRATO

De acuerdo con la tipología contractual existente el contrato a celebrar es de SUMINISTRO, en atención a que encaja en el concepto otorgado por el Honorable Consejo de Estado dentro del expediente 14943, del cual se permite traer a colación: *"(...) Para la Sala el contrato de suministro es un negocio jurídico bilateral, conmutativo y oneroso, mediante el cual el contratista se obliga para con la administración a darle, en forma sucesiva, una determinada cantidad de bienes muebles que requiere para el desarrollo de sus funciones legales, a cambio de lo cual la administración se obliga a pagar el precio resultante de multiplicar la cantidad de unidades transferidas por el precio unitario convenido, el cual bien puede estar sometido a reajustes (...)".*

2. JUSTIFICACIÓN DE EXIGENCIA DE GARANTÍAS

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento.

Con relación al asunto objeto de estudio, el Consejo de Estado en sentencia calendada veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), radicada bajo el No. 11001-03-26-000-2009-00034-00(36600),

preceptuo:

> *"(...) Para efectos de brindar certeza a la administración sobre la obtención de dicha indemnización de perjuicios en caso de que el contratista incumpla sus obligaciones,* ***el legislador le ha impuesto a este último, el deber de constituir a favor de la entidad contratante la garantía única de cumplimiento, con lo cual se traslada a un tercero, la obligación de concurrir al pago de la referida indemnización de perjuicios, en caso de que se produzca el incumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista****.*
>
> *Como lo ha reconocido la jurisprudencia, "La garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía se seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio* ***pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido****" (Las subrayas son del texto original) .(...)"*

De lo anterior se desprende que la finalidad de la constitución de este tipo de garantías contractuales abarca la esfera de protección con la cual debe contar la entidad estatal al momento de trasladar un dinero de sus arcas a un tercero sea persona natural o privada para el desarrollo de un objeto contractual, a efectos de tener las herramientas jurídicas necesarias de poder requerir los presuntos perjuicios que se puedan ocasionar con las fallas que tenga el contratista.

En razón a ello, tenemos que el Decreto 734 de 2012 en su numeral 5.1.1. establece que: *"(...) Artículo 5.1.1.Campo de aplicación.* ***Las disposiciones del presente título regulan los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007****, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos, y (ii) los contratos y de su liquidación; (iii) así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos aquí previstos.(...)"*

a su turno, el artículo subsiguiente señaló: *"(...) Artículo 5.1.2.Mecanismos de cobertura del riesgo. Se entiende por mecanismo de cobertura del riesgo el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.*

El mecanismo de cobertura del riesgo es por regla general indivisible, y sólo en los eventos previstos en el presente decreto, la garantía otorgada podrá ser dividida por etapas contractuales. (...)"

En virtud de lo anterior, y atendiendo la modalidad de selección en la cual el establecimiento pretende ejecutar el presupuesto otorgado para suplir las necesidades presente en el expendio quien es el encargado de proveer elementos de primera necesidad y otros contenidos en el Acuerdo 010 de 2004, el Complejo Penitenciario y Carcelario de Ibagué "COIBA" requiere que la persona natural o jurídica adjudicataria de un contrato constituya

una Póliza de cumplimiento y Calidad del bien vendido con las siguientes coberturas: (i) 10% del valor total del contrato por el término de este más cuatro (4) meses y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, por el (5%) y su vigencia se extenderá por la ejecución del contrato y tres (3) años más, conforme lo establece el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.1.7; documento este que deberá ser aprobado por la Oficina de Apoyo Jurídico del Establecimiento

A la postre, en aras de dar adopción el principio de economía procesal establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se requerirá que los proponente constituyan una **garantía de seriedad de la Oferta** esto con el fin de disminuir las probabilidades de que los adjudicatarios de los contratos estatales se sustraigan de suscribirlos, ocasionando con ello que se produzca un retroceso en la planificación que ha realizado previamente el establecimiento al momento de establecer su plan de ejecución presupuestal y contractual, a lo cual esta garantía (de origen bancaria o de seguros) permitirá reparar de manera parcial los daños que se puedan configurar con el incumplimiento del contratista a favor de la entidad.

Respecto a esta clase de garantía, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-452 de 1999, señaló:

> *(...) En efecto, en tanto las multas constituyen una sanción que se impone directamente al contratista incumplido, se corre el riesgo de que éste no cuente con los recursos para el pago de la sanción y, de este modo, los perjuicios causados a la Administración no puedan ser reparados. En estas circunstancias, se haría necesario acudir a instancias posteriores, tales como el juicio ejecutivo, con el fin de asegurar la reparación de los daños causados por el incumplimiento. Frente a lo anterior, la garantía contractual, en tanto es otorgada por bancos o compañías de seguros sometidas a la inspección y vigilancia del Estado, aparece como un mecanismo serio y eficaz, que se hace efectivo en un tiempo relativo corto, sin necesidad de acudir a procedimientos o instancias posteriores. Adicionalmente, los tipos de garantías que se exigen en los procesos contractuales han sido específicamente diseñados por las entidades que las otorgan para cubrir el tipo de riesgos que buscan asegurar, motivo por el cual es poco usual que, en caso de hacerse efectivas, no cubran un monto considerable de los perjuicios.*
>
> *(...)*
>
> *Adicionalmente, la exigencia de que los participantes en las licitaciones o concursos de méritos constituyan una garantía de seriedad de sus ofertas permite que, a tales procesos de selección, sólo se presenten aquellas personas con la capacidad técnica y financiera suficiente como para llevar a buen término la ejecución del contrato de que se trate en caso de que éste les sea adjudicado. En este sentido, la medida bajo estudio desestima la presentación de ofertas carentes de seriedad, cuyo estudio sólo serviría para entorpecer la buena marcha de la Administración y, en especial, la celeridad y eficiencia de los procesos licitatorios o de los concursos de méritos.(...)"*

Corolario a lo anterior, para el caso del Complejo Penitenciario y Carcelario de Ibagué "COIBA" se requerirá que el proponente deba constituir esta ***Garantía de Seriedad de la Oferta*** la cual deberá ser expedida por una entidad bancaria o por una compañía de seguros legalmente constituida y establecida en Colombia, debidamente autorizada y supervisada por la Superintendencia Financiera, a favor del **Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picaleña COIBA identificado con el NIT. 800.119.348-2,** mediante uno de los mecanismos de cobertura de los riesgos a que hace referencia el Artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015 (Póliza de seguro, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores o depósito de dinero en garantía).

Beneficiario, Monto y Vigencia

La referida póliza de garantía de seriedad de oferta deberá constituirse a favor del **Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picaleña COIBA identificado con el NIT. 800.119.348-2** en pesos colombianos, por un valor equivalente al DIEZ (10%) POR CIENTO del valor total del presupuesto oficial estimado con una vigencia de noventa (90) días calendario, contados a partir de la fecha de cierre del presente proceso, término que se considera de validez de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual. En todo caso, su vigencia deberá extenderse hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

La garantía deberá señalar de manera expresa los siguientes eventos de conformidad con lo dispuesto en el numeral artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015:

1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos de condiciones para la adjudicación del contrato se prorrogue, o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando el término de esas prórrogas no exceda los tres (3) meses.
2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.
3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.

Finalmente, se quiere dejar de presente a los proponentes, que la no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE LA PROPUESTA

g

Teniendo en cuenta que se trata de un proceso de SELECCIÓN ABREVIADA bajo la modalidad de SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA, se dará aplicación a lo establecido en el Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015 y demás normas complementarias, cuyos criterios quedarán definidos claramente en los Pliegos de Condiciones, así mismo si en el Proceso de Contratación se presenta un único oferente cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica y está habilitado, la Entidad Estatal puede adjudicar el contrato al único oferente si el valor de la oferta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato.

Dada en Ibagué a los 23 días del mes de febrero de 2021

DRA. DANIELA ANDREA PAEZ DIAZ
Apoyo Jurídico en Gestión Contractual
Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picaleña, con
Alta y Media Seguridad COIBA, Incluye Justicia y Paz.

Elaboró: Daniela Andrea Paez Diaz/ Apoyo juridico area administrativa COIBA
Edilberto Romero - Gestión Contractual - COIBA
Aprobó- Pahola Andrea Urueña Diaz/ Coordinador Adtiva y Financiera
23/02/2021